



Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità *ex recepto**

Armando Plaia

Professore ordinario di Diritto privato

» SOMMARIO

1. Introduzione – 2. La giurisprudenza e l'equiparazione del "caso fortuito" all'assenza di colpa: la prova *ex post* della non imputabilità della causa di impossibilità gravante sulla banca debitrice – 3. La lettura giurisprudenziale del "caso fortuito" come sintesi della nozione soggettiva di Coviello e della tesi di Asquini sul rischio della causa di impossibilità rimasta ignota – 4. Nullità parziale per "riduzione" della clausola: se la banca prova la colpa lieve, il risarcimento è contenuto entro il tetto massimo pattuito. Critica – 5. L'indebito accostamento tra regole sull'inadempimento e regole sull'imputabilità dell'impossibilità

1. Introduzione

Una riflessione sull'antica questione della responsabilità della banca per il servizio di cassette di sicurezza⁽¹⁾ può ben rappresentare l'occasione per un ripensamento delle ricostruzioni più accreditate circa i rapporti tra autonomia privata e disciplina sulla responsabilità contrattuale⁽²⁾.

L'idea sottesa a questo scritto è infatti che

l'ambito operativo dell'art. 1229 c.c.⁽³⁾, disposizione normativa che consente una limitazione convenzionale della diligenza dovuta nell'adempimento, non si estenda a tutte le ipotesi di responsabilità contrattuale, risultando incompatibile con le ipotesi di responsabilità *ex recepto*,

in cui sussiste un'endemica sovrapposizione tra il piano dell'inadempimento e quello dell'impossibilità, nel senso che il debitore può andare esente da responsabilità soltanto se prova la non imputabilità della causa di impossibilità, mentre è di fatto preclusa la prova dell'adempimento. Nelle obbligazioni *ex recepto* cioè non opererebbe il noto congegno bifasico disegnato dall'art. 1218 c.c.: prova dell'adempimento e, in seconda battuta, prova della non imputabilità della causa di impossibilità dell'inadempimento. Conseguentemente, non sarebbe possibile sindacare *ex art. 1229 c.c.* – disposizione normativa concer-

nente la diligenza nell'adempimento – un patto generico che si assume limitativo della responsabilità in un ambito in cui la diligenza nell'adempimento non ha alcun ruolo, giocandosi la partita della responsabilità tutta sulla non imputabilità della causa di impossibilità.

2. La giurisprudenza e l'equiparazione del "caso fortuito" all'assenza di colpa: la prova *ex post* della non imputabilità della causa di impossibilità gravante sulla banca debitrice

La vicenda classica della responsabilità della banca per le cassette di sicurezza sembra confortare quanto qui si sostiene.

La giurisprudenza dell'ultimo decennio sull'art. 1839 c.c. ha confermato il proprio consolidato orientamento circa i presupposti della responsabilità della banca per il servizio di cassette di sicurezza: ciò può dirsi sia in merito all'interpretazione della nozione di "caso fortuito" di cui all'art. 1839 c.c., sia in merito alla nullità della clausola contenente un tetto massimo risarcitorio, intesa come patto limitativo della responsabilità (art. 1229 c.c.) e non come clausola di limitazione del contenuto del contratto.

In particolare, una recente decisione del Tribunale di Bologna⁽⁴⁾ asserisce che il furto non costituisce "caso fortuito", in quanto è evento prevedibile, in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto, mentre grava sulla banca l'onere di

* Il testo riproduce la Relazione tenuta al Convegno *Profili e spunti sulle banche nel tempo della crisi*, Montecatini, 4-5.5.2012.

⁽¹⁾ Art. 1839 c.c.: «Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità delle cassette, salvo il caso fortuito».

⁽²⁾ Art. 1229 c.c.: «È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave».

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

⁽³⁾ Cfr. almeno BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero*, Milano, 1971; PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile. Studio di diritto comparato*, Milano, 1984; CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. Rescigno*, 9, *Obbligazioni e contratti*, I,

Torino, 1999; DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000; CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008.

⁽⁴⁾ Trib. Bologna, 17.8.2010, in *Resp. civ.*, 2012, 75; ma nello stesso senso, ad esempio, App. Roma, 24.6.2010, in *Obbl. e contr.*, 2011, 61, App. Roma, 16.6.2011, e Cass., 27.12.2011, n. 28835, in *Danno e resp.*, 2012, 193.

Interessante l'argomentazione di Cass., 30.9.2009, n. 20948, in *Contr.*, 2010, 48, la quale precisa che la clausola che appone un tetto massimo risarcitorio è nulla in ragione del fatto che essa non ha previsto il divieto per il cliente di custodire nelle cassette valori eccedenti: se ne dovrebbe dedurre che la clausola che contempli tale divieto debba invece considerarsi un patto che delimita l'oggetto del contratto, come tale non in contrasto con l'art. 1229 c.c. Sembra incline a non considerare comunque nulla la clausola anche Cass., 25.11.2008, n. 28067, in *Notariato*, 2009, 133.

dimostrare che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia è ascrivibile ad impossibilità della prestazione ad essa non imputabile; e, al fine di escludere la colpa, è insufficiente la generica prova della diligenza, essendo esteso detto onere probatorio sino al limite della dimostrazione dell'assenza di qualunque colpa. Nel caso di specie, si è ritenuto che la banca avesse assolto al proprio onere (sic) di custodia e sicurezza dei locali offerti avendo essa adottato tutte le misure necessarie ad impedire che alcun soggetto estraneo potesse accedere consentendo viceversa l'accesso ai soli titolari. Invero, come dimostrato dalla banca l'apertura delle cassette è avvenuta sotto minaccia delle armi e quindi della incolumità personale sia dei dipendenti che dei clienti della stessa, sicché si è ritenuto che non vi fosse possibilità alcuna di agire diversamente.

L'organo giudicante richiama la giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità della banca relativamente al contratto bancario per il servizio di cassette di sicurezza⁽⁵⁾ ove si sostiene in particolare che «la banca non ha assolto l'onere probatorio, essendosi limitata ad indicare tutte le misure predisposte...senza però spiegare come mai nessuna di esse si fosse rivelata idonea ad evitare gli effetti dell'azione criminosa degli ignoti che erano riusciti ad introdursi nel locale...; ed ha desunto da ciò il malfunzionamento delle apparecchiature o la insufficiente compartimentazione tra i funzionari della banca o tra gli addetti alla sicurezza, delle conoscenze circa l'esistenza, il funzionamento e la dislocazione di ciascun congegno di sicurezza. E tali considerazioni ha giudicato utili a suffragare "in positivo" la ipotesi della responsabilità per colpa grave della banca».

La citata giurisprudenza di legittimità fa in sostanza gravare sulla banca debitrice il rischio della causa ignota, poiché appunto la causa che aveva impedito l'adempimento era rimasta ignota.

Analogamente, nel caso di specie⁽⁶⁾ si ritiene che la banca convenuta – su cui grava il rischio della causa di impossibilità rimasta ignota –, all'esito della istruttoria svolta, abbia fornito la prova della propria assenza di colpa in ordine alla idoneità e custodia dei locali nonché integrità delle cassette, tanto che la fattispecie può concretamente sussumersi, tenuto conto delle circostanze di fatto acquisite agli atti, al caso fortuito. In particolare, i testi hanno riferito che il locale dove erano custodite le cassette di sicurezza era stato aperto soltanto alla presenza dei rapinatori; che i malviventi, introdottisi nella immediatezza della apertura della filiale, avevano costretto il direttore della stessa e il cassiere, minacciandoli con armi, ad aprire la cassaforte temporizzata e il bancomat.

Osserviamo che per il Tribunale 1) sussiste l'inadempimento, il che sposta il giudizio ex art. 1218 c.c. sull'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta; 2) solo apparentemente la prova dell'agire *diligenter* è sufficiente a far presumere che l'impossibilità non sia imputabile; 3) quest'ultima prova viene considerata acquisita soltanto in ragione delle concrete modalità violente del fatto impeditivo; 4) l'impossibilità non imputabile, così provata, è sostanzialmente equiparata al caso fortuito.

Insomma, nel ragionamento dei giudici, il furto – considerato in astratto ed *ex ante* evento prevedibile ed evitabile e dunque colposo e (per tale ragione) non integrante il caso fortuito –, soltanto alla luce di una valutazione *ex post* della dinamica in concreto integrerebbe gli estremi del caso fortuito, qui inteso come evento non colposo, dunque in senso soggettivo.

Dunque, la giurisprudenza sposa una concezione soggettiva di caso fortuito. Viene in sostanza accolta una tesi diffusamente proposta in dottrina che equipara il caso fortuito all'assenza di colpa.

Più in particolare, la giurisprudenza parrebbe considerare la responsabilità *ex recepto* – categoria in cui rientra a pieno titolo la fattispecie ex art. 1839 c.c. – una forma speciale di responsabilità contrattuale "oggettiva": tale specialità si risolverebbe in un mero aggravamento dell'onere probatorio⁽⁷⁾, non avrebbe cioè carattere sostanziale, non consistendo in una imputazione di responsabilità sino al limite del caso fortuito, inteso quest'ultimo come evento estraneo al rischio tipico o comunque assunto dal debitore, e non imputabile allo stesso⁽⁸⁾.

Si badi, la concezione soggettiva del caso fortuito non escluderebbe il carattere oggettivo della responsabilità *ex recepto*. Come ha chiarito una recente dottrina infatti⁽⁹⁾ – che contesta la concezione oggettiva del fortuito (evento estraneo al rischio) – «1. una determinazione meramente negativa del fortuito (tutti gli eventi dei quali il debitore non deve rispondere) è compatibile soltanto con una nozione soggettiva di fortuito (evento non prevedibile, né evitabile): persino taluni eventi eccezionali, come un'alluvione, possono considerarsi caso fortuito solo all'esito di una valutazione in concreto ed *ex post* (evitabilità e prevedibilità dell'evento) e non già in astratto ed *ex ante* (eventi estranei al rischio tipico); 2. Inoltre, ma sul punto torneremo più avanti, una nozione oggettiva di caso fortuito per un verso implicherebbe l'imperatività delle norme che allo stesso fanno riferimento (art. 1839 c.c.), per altro verso, non sarebbe compatibile con l'art. 1229 c.c.».

In sintesi, la nozione soggettiva di caso fortuito come evento colposo, cioè non prevedibile, né evitabile, sarebbe quella accolta in giurisprudenza, come ha verificato la citata dottrina alla fine degli anni '90⁽¹⁰⁾ e la nostra indagine sulla casistica dell'ultimo decennio: per i giudici la prova della diligenza non sarebbe considerata sufficiente, epperò vi sarebbe sempre una valutazione *ex post*⁽¹¹⁾, sicché ad esempio il furto, in astratto ed *ex ante* non considerabile ipotesi di caso fortuito, potrebbe divenirlo secondo una valutazione in concreto ed *ex post* (la dinamica del furto). Il che, secondo la dottrina citata, significherebbe altresì che qui furto, incendio, alluvione non rilevano come cause estranee impeditive dell'adempimento (di cui occorra verificare l'imputabilità), quanto come presupposto materiale dell'inadempimento⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ Cass., 5.4.2005, n. 7081.

⁽⁶⁾ Trib. Bologna, 17.8.2010, cit.

⁽⁷⁾ ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1935, 286, nt. 3, e 288; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999, 28.

⁽⁸⁾ CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Le operazioni bancarie*, I, a cura di G.B. Portale, Milano, 1978, 479; MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1092; REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Digesto*

civ., II, Torino, 1988, 248; ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, 173; PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 1064.

⁽⁹⁾ D'AMICO, *op. cit.*, 64.

⁽¹⁰⁾ D'AMICO, *op. cit.*, 75.

⁽¹¹⁾ D'AMICO, *op. cit.*, 80.

⁽¹²⁾ D'AMICO, *op. cit.*, 81: per l'a. la responsabilità *ex recepto* sarebbe oggettiva in quanto obbligazione di risultato in cui il rischio della causa ignota grava sul debitore.

Come si diceva, questo argomentare giurisprudenziale si ripete anche nelle decisioni più recenti.

La giurisprudenza non sembra cioè ragionare come quella dottrina citata⁽¹³⁾ che sostiene che la specialità della responsabilità *ex recepto* sia sostanziale e consista, in estrema sintesi, in una imputazione di responsabilità sino al limite del caso fortuito, “oggettivamente” inteso, come evento cioè estraneo al rischio assunto dal debitore o comunque tipico e non imputabile allo stesso.

3. La lettura giurisprudenziale del “caso fortuito” come sintesi della nozione soggettiva di Coviello e della tesi di Asquini sul rischio della causa di impossibilità rimasta ignota

È superfluo ricordare che secondo la lettura mengoniana, nella responsabilità contrattuale la colpa non giocherebbe alcun ruolo costitutivo in fase di valutazione dell’adempimento e, semmai, la clausola generale entrerebbe in gioco in seconda battuta, quando cioè deve valutarsi l’imputabilità della causa di impossibilità (art. 1218 c.c.).

Nel nostro caso, però, la colpa non svolgerebbe neppure tale ruolo, dovendo il debitore dimostrare che la causa di impossibilità è imputabile al “caso fortuito”: in questo senso, si può dire che, secondo tale opinione, la responsabilità della banca per la custodia delle cassette di sicurezza è una responsabilità oggettiva a tutto tondo, non sussistendo alcun ruolo della colpa, né in fase di valutazione della sussistenza dell’adempimento – ove la diligenza è semmai misura della prestazione dovuta –, né in fase di imputazione della causa di impossibilità⁽¹⁴⁾. La colpa non sarebbe infatti l’unico criterio di imputazione dell’impossibilità, altrimenti, si dice, il legislatore non avrebbe sprecato energie lessicali nel prevedere il caso fortuito, ad esempio nel nostro art. 1839 c.c., né quest’ultimo dovrebbe essere considerato, come invece fa il Tribunale di Bologna – e più in generale la giurisprudenza tutta –, sinonimo di “assenza di colpa”.

La tesi covelliana *casus/non culpa*⁽¹⁵⁾, continua questa dottrina, non dovrebbe infatti essere accolta, poiché la prova dell’assenza di colpa non è prova della sussistenza del caso fortuito, la quale non implica una valutazione della condotta del debitore, ma piuttosto dell’efficacia causale assorbente di un evento esterno alla stessa condotta.

In definitiva, l’impresa (bancaria) risponderebbe *ex art.* 1839 c.c. anche degli eventi non evitabili ma rientranti nel rischio tipico dell’attività svolta, dovendosi identificare il caso fortuito con un evento estraneo a tale rischio⁽¹⁶⁾. In ciò – in una nozione “oggettiva” di caso fortuito – consisterebbe la specificità della responsabilità contrattuale *ex recepto*, non invece, come pure autorevolmente si è sostenuto, in un mero aggravamento

probatorio della posizione del debitore, il quale dovrebbe indicare la causa specifica che ha reso impossibile l’inadempimento, accollandosi conseguentemente il rischio che la causa rimanga ignota⁽¹⁷⁾.

Come si è visto, invece, la giurisprudenza fa gravare sul debitore la prova specifica *ex post* delle modalità concrete che hanno reso un evento – in astratto e secondo una valutazione *ex ante* “colpevole” – non imputabile a titolo di colpa.

Tale ragionamento, si diceva, evoca la ricostruzione della responsabilità *ex recepto* prospettata da Asquini vigente il codice civile del 1865 e poi ancora sotto il nuovo codice del 1942, una responsabilità contrattuale estesa al rischio assunto e che non costituisce eccezione alla disciplina generale⁽¹⁸⁾: nella responsabilità *ex recepto* si deve dare la prova positiva del fatto estraneo e non imputabile, per cui se tale fatto rimane ignoto il debitore è comunque responsabile (non basta la prova negativa dell’assenza di colpa, come nella disciplina generale).

Si tratta poi di stabilire se la prova della non imputabilità della causa di impossibilità possa darsi per presunzioni, assumendo come fatto noto l’agire *diligenter*: a rigore se si conviene sulla nozione di caso fortuito come evento estraneo al rischio assunto dovrebbe risponderci negativamente a tale interrogativo⁽¹⁹⁾.

4. Nullità parziale per “riduzione” della clausola: se la banca prova la colpa lieve, il risarcimento è contenuto entro il tetto massimo pattuito. Critica

L’analisi della giurisprudenza rivela come al problema della responsabilità oggettiva della banca e della prova liberatoria, si aggiunge quello delle validità della clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto che pone un tetto massimo al risarcimento, ed un divieto di introdurre in cassetta valori superiori al tetto indicato.

Tale clausola, nella sua più recente formulazione (art. 2 NUB), è ritenuta da una giurisprudenza di legittimità soggetta all’art. 1229 c.c.: c’è di fatto una limitazione della responsabilità, e non una mera delimitazione dell’oggetto del contratto, e dunque la clausola è nulla, perché esclude la responsabilità della banca anche per dolo o colpa grave⁽²⁰⁾.

Sarebbe così onere della banca debitrice dimostrare la colpa lieve: in questo caso la clausola esplicherebbe i suoi effetti di contenimento del danno entro il tetto⁽²¹⁾.

La giurisprudenza formatasi vigente il codice civile del 1942, però, non chiarisce perché la nullità della clausola “generica”, che cioè genericamente impone un tetto massimo e vieta l’inserimento di valori superiori, non implichi invece che, espunta la pattuizione, la banca debba rispondere (oltre il tetto massimo) anche per colpa lieve. Essa, in sostanza, implicitamente ritiene la nullità parziale della clausola ed il mantenimento della stessa in applicazione del principio di conservazione, di

⁽¹³⁾ CASTRONOVO, *op. cit.*, 479; MENGONI, *op. cit.*, 1092; REALMONTE, *op. cit.*, 248; ANELLI, *op. cit.*, 173; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797 ss.; PIRAINO, *op. cit.*, 1064.

⁽¹⁴⁾ CASTRONOVO, *op. cit.*, 479; MENGONI, *op. cit.*, 1092; REALMONTE, *op. cit.*, 248; ANELLI, *op. cit.*, 173; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 636; Id., *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1064.

⁽¹⁵⁾ COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all’estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 55; COTTINO, *Caso Fortuito (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 377.

⁽¹⁶⁾ TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 223; MENGONI, *op. cit.*, 1094; CASTRONOVO, *op. cit.*, 486; COMPORI, *Esposizione al pe-*

ricolo e responsabilità civile, Napoli, 1965, 59; REALMONTE, *op. cit.*, 248; ANELLI, *op. cit.*, 173.

⁽¹⁷⁾ ASQUINI, *op. cit.*, 286, nt. 3, e 288; COTTINO, *op. cit.*, 383.

⁽¹⁸⁾ ASQUINI, *op. cit.*, 286, nt. 3, e 288.

⁽¹⁹⁾ PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, cit., 1080.

⁽²⁰⁾ Orientamento ormai costante a partire da Cass., S.U., 1.7.1994, n. 6225, in *Foro it.*, 1994, I, 3422. Questa posizione non può essere condivisa, sia perché poggia sull’errato assunto che qui si abbia una ipotesi di limitazione della responsabilità, sia perché, come anticipato, l’ambito operativo dell’art. 1229 c.c. non sembra comunque estendersi alla responsabilità qui considerata.

⁽²¹⁾ Da ultimo Cass., 27.12.2011, n. 28835, cit.

economia degli atti giuridici e della regola *utile per inutile non vitiatur*.

A ben vedere, la questione della "riduzione" della clausola era stata già affrontata dalla dottrina in un autorevolissimo dibattito pubblicato nella Rivista di diritto della navigazione alla fine degli anni '30 con contributi di Cesare Grassetti, Rosario Nicolò e Remo Franceschelli, e ancor prima era stata discussa anche in giurisprudenza, vigente il codice civile del 1865⁽²²⁾.

La soluzione argomentava anche dall'art. 1132 c.c. del codice del 1865⁽²³⁾: «Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere nel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbe avere alcuno». Ora il riferimento va all'art. 1367 c.c.: «Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno».

E si era così autorevolmente osservato che il principio di conservazione opera nel senso di imporre la «riduzione di quelle, che hanno un contenuto potenziale così vasto da essere in parte rilevante in senso negativo, in parte utile...», entro i confini dell'intento utile⁽²⁴⁾.

D'altro canto, la riduzione della clausola (art. 1419, 1° co., c.c.) può giustificarsi anche con una riduzione teleologica della norma violata, operazione ermeneutica altrove invocata per giustificare una nullità parziale del contratto che non si trasforma in totale – come la lettera della norma imperativa che pone il divieto vorrebbe – in ragione dello scopo della norma violata⁽²⁵⁾.

Tra l'altro, il problema potrebbe dirsi in parte oggi superato. Si è infatti ritenuto in giurisprudenza che la suddetta clausola, se il contraente è un consumatore, deve ritenersi abusiva e dunque nulla ex art. 33 c. cons.⁽²⁶⁾, perché limita la responsabilità della banca delineando un significativo squilibrio normativo⁽²⁷⁾. In realtà, se si ritiene che il patto in questione non sia limitativo della responsabilità, ma dell'oggetto del contratto, anche questa soluzione giurisprudenziale non può essere condivisa.

5. L'indebito accostamento tra regole sull'inadempimento e regole sull'imputabilità dell'impossibilità

In definitiva, la ritenuta abusività della clausola implicherebbe il superamento dell'orientamento ormai consolidato che asserisce, per un verso, la nullità parziale del patto e, per altro

verso, la responsabilità della banca per colpa lieve ove la stessa non dimostri il fatto specifico inevitabile che ha reso impossibile l'adempimento.

Questa conclusione, a ben vedere, esibisce un ulteriore punto di divergenza tra la lettura giurisprudenziale della vicenda sin qui descritta e la ricostruzione mengoniana della responsabilità contrattuale⁽²⁸⁾. Ammesso infatti che la clausola possa ritenersi limitativa della responsabilità della banca ex art. 1229 c.c., ciò dovrebbe significare un'attenuazione della misura della diligenza dovuta, in altre parole la clausola riscriverebbe la latitudine della prestazione: sicché, oltre un certo valore la banca risponderebbe solo se l'addebito consiste in una colpa lieve, un'imperizia non grave. In punto di responsabilità, cioè, un'inesattezza dell'adempimento non grave non potrebbe implicare un risarcimento oltre il tetto fissato nella clausola. Insomma, a rigore l'ambito operativo dell'art. 1229 c.c. è quello dell'inadempimento, non già quello dell'impossibilità e della sua imputabilità.

Il punto è però che nella responsabilità contrattuale per *receptum* il piano dell'inadempimento e quello dell'impossibilità imputabile non sono nettamente distinti, nel senso che l'inadempimento è al contempo causa di impossibilità, e viceversa. Il furto, infatti, costituisce allo stesso tempo inadempimento dell'obbligazione gravante sulla banca e causa di impossibilità dell'adempimento. O meglio, il furto è in qualche modo già inadempimento e si tratta allora di vedere se l'impossibilità è imputabile o meno al debitore secondo il criterio del caso fortuito: si intenda quest'ultimo come evento estraneo al rischio – come sembrerebbe preferibile – o come evento concretamente non colposo secondo una valutazione *ex post*.

Insomma, rispetto al congegno bifasico dell'art. 1218 c.c. – prova dell'adempimento o, in alternativa, prova della non imputabilità dell'impossibilità dell'inadempimento –, qui (art. 1839 c.c.) salterebbe la prima fase e cioè la (possibilità della) prova dell'adempimento, mentre residuerebbe la seconda fase, quella in cui al debitore è concesso di andare esente da responsabilità se la causa di impossibilità non è imputabile (è ascrivibile al caso fortuito).

Il problema è allora quello di conciliare un'attenuazione della diligenza dovuta nell'adempimento (colpa lieve) con un criterio di imputazione dell'impossibilità. Nel *receptum*, l'endemica sovrapposizione tra i due piani, quello dell'inadempimento e quello della causa dell'impossibilità (il furto è al contempo inadempimento ed evento impeditivo dell'adempimento) complica tale valutazione: non è un caso che la dottrina si sia

⁽²²⁾ Esclude la "riduzione" ed opta per la nullità totale della clausola Cass. Torino, 4.5.1917, in *Riv. dir. comm.*, 1918, 133; ammette la riduzione Cass. Regno, 27.2.1936, n. 644, in *Foro it.*, 1936, I, 297 che richiama il precedente di Cass., 20.12.1926, n. 3342, in *Rep. Foro it.*, 1926, *Trasporto*, n. 33.

⁽²³⁾ E già l'art. 1157 del codice napoleonico, nonché POTHIER, *Traité des obligations*, I, Paris, 1761, n. 92, che parafrasava un passo di Ulpiano.

⁽²⁴⁾ R. FRANCESCHELLI, *Le clausole di irresponsabilità nei trasporti marittimi ed il problema della protezione del contraente più debole nei contratti a serie*, in *Riv. dir. navigazione*, 1938, I, 277-279; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 162 ss., nt. 46 e 162 ss. La tesi della nullità "totale" della clausola, già sostenuta in giurisprudenza (Cass. Torino, 4.5.1917, cit.), è stata più di recente ripresa da una dottrina, la quale ritiene però che non possano operare né la riduzione, né la conversione in ragione di un asserito contrasto della clausola con l'ordine pubblico (art. 1229, 2° co., c.c.): la clausola in altra parole sarebbe illecita e non meramente illegale, derogando ad un regime di responsabilità (art. 1839 c.c.) di ordine pubblico (PAPANTI PELLETIER, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milano, 1988, 159, 160, 168, nt. 31, 170, 172, e, sulla scia, MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, 302; Papanti-Pelletier in realtà

propone due soluzioni alternative, peraltro con argomentazioni un po' acrobatiche: l'ipotesi della nullità parziale del contratto tipico per contrasto con norma imperativa e quella della nullità del contratto atipico e la sua conversione; non è chiaro peraltro se, nella ricostruzione dell'a., la norma imperativa sia il 1389 c.c. o il 1229 c.c.).

⁽²⁵⁾ MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, I, 1.

⁽²⁶⁾ Art. 33 c. cons.: «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di... escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista».

⁽²⁷⁾ Cass., 4.4.2001, n. 4946, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 76, nonché Cass., 21.5.2008, n. 13051, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 1245.

⁽²⁸⁾ Sulla quale, da ultimo, vedi PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 630.

spinta a costruire un impegno del debitore a scongiurare l'impossibilità⁽²⁹⁾.

Il fatto che in concreto si ritenga applicabile l'art. 1229 c.c. impone a nostro avviso uno spostamento dell'attenzione dalla questione della prova del caso fortuito⁽³⁰⁾ a quello della reale interferenza tra l'ambito operativo della disposizione citata e la responsabilità *ex recepto*: e

la sovrapposizione del piano dell'inadempimento con quello dell'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta non sembrano ammettere attenuazioni del regime di responsabilità.

Vero è che il caso fortuito è ormai interpretato in senso soggettivo, ma il problema rimarrebbe, a rigore, quello dell'imputabilità dell'impossibilità, non già quello dell'inadempimento. Potrebbe replicarsi che ora la considerazione dell'abusività di pattuizioni limitative della responsabilità nel contratto con il consumatore elimina ogni incertezza circa la nullità (totale) delle stesse: andrebbe tuttavia verificato se ad esiti non dissimili si sarebbe potuto pervenire se si fosse ritenuto un problema di compatibilità della (ritenuta) clausola limitativa della responsabilità con il regime speciale di responsabilità oggettiva *ex recepto*⁽³¹⁾. Come si è detto, cioè, non sembra che la nullità totale o parziale della clausola possa ritenersi in ragione di un contrasto con l'art. 1229 c.c. sia perché non convince l'idea che il patto appositivo di un tetto massimo possa considerarsi un'ipotesi di limitazione della responsabilità, sia, e soprattutto, perché non sembra possa porsi, neppure in astratto, un'interferenza con la norma citata.

Insomma, la storia pluridecennale del problema qui analizzato ha conosciuto

un indebito accostamento tra una disposizione normativa sull'adempimento (art. 1229 c.c.) ed una disposizione normativa che, invece, concerne l'impossibilità dell'inadempimento (art. 1839 c.c.)⁽³²⁾.

La clausola che impone un tetto massimo risarcitorio per la banca avrebbe invece dovuto misurarsi esclusivamente con tale ultima norma speciale, che segna un assestamento della soglia di responsabilità del debitore sul crinale del caso fortui-

to: all'esito di tale operazione, si sarebbe forse potuti pervenire o ad un giudizio di nullità della clausola per contrarietà con norma imperativa – corollario necessario ove si intenda il caso fortuito in senso oggettivo⁽³³⁾ – o con l'ordine pubblico⁽³⁴⁾, ovvero, come diremo più avanti, ad un giudizio di nullità totale della stessa per assenza di causa.

Tale conclusione radicale, circa la non ammissibilità di clausole limitative della responsabilità (*rectius*, dell'oggetto) in tema di *receptum* non sembra smentita, secondo un ragionamento a contrario, dall'esistenza di disposizioni specifiche, dettate cioè solo per talune ipotesi contrattuali, come l'art. 1785 *quater* c.c. secondo cui: «Sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore»⁽³⁵⁾. Tali disposizioni sembrano, piuttosto, confermare che la limitazione convenzionale della responsabilità, generalmente ammessa sul piano dell'inadempimento (art. 1229 c.c.), non può concepirsi per quelle tipologie contrattuali in cui, per un verso, il regime di responsabilità sembra caratterizzare il tipo contrattuale, per altro verso, il piano dell'adempimento e quello dell'impossibilità della prestazione appaiono sovrapposti.

L'incompatibilità qui sostenuta tra l'art. 1389 c.c., e più in generale tra la regola sull'imputabilità dell'impossibilità, e l'art. 1229 c.c. appare implicitamente avallata da quei tentativi dottrinali che, condividendo un'antica tesi, si spingono sino a porre in dubbio che la clausola in questione costituisca un'ipotesi di limitazione della responsabilità. Si tratterebbe piuttosto di una delimitazione dell'oggetto contrattuale lecita sul piano causale, ma in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.: il contratto contenente tale clausola sarebbe cioè posto in essere all'unico scopo di eludere la norma imperativa, «prescelto al solo scopo di usare la forma giuridica come copertura di un risultato vietato»⁽³⁶⁾. Ovvero dovrebbe ritenersi un sostanziale deficit causale, poiché la clausola inserita farebbe venir meno la funzione del contratto desumibile anche dal regime di responsabilità spinto sino al caso fortuito⁽³⁷⁾.

Sul piano delle regole operative, per altro, la soluzione prospettata nel testo e quella giurisprudenziale non sono affatto sovrapponibili: se la nullità del patto non discende dal contrasto con l'art. 1229 c.c. essa non può ritenersi parziale per riduzione, ma è nullità totale (della clausola), non residua cioè alcuna limitazione della responsabilità della banca per colpa lieve. ■

⁽²⁹⁾ D'AMICO, *op. cit.*, 198, che pure ha chiaro che la nozione soggettiva di c.f. attiene all'imputabilità dell'impossibilità: 64, nt. 42.

⁽³⁰⁾ Si badi, il problema del caso fortuito rimane, ma esso presuppone più a monte la soluzione della diversa questione circa l'ambito operativo dell'art. 1229 c.c.

⁽³¹⁾ Vedi invece D'AMICO, *op. cit.*, 73, che dalla formulazione del testo dell'art. 1229 c.c. trae un argomento a favore di una nozione soggettiva di caso fortuito.

⁽³²⁾ E tale considerazione deve estendersi ovviamente a tutte le ipotesi in cui il problema dell'*an* della responsabilità contrattuale si giochi, già in astratto, tutto sull'imputabilità dell'impossibilità e non anche sulla prova dell'adempimento.

⁽³³⁾ Lo precisa, pur non condividendo, D'AMICO, *op. cit.*, 74.

⁽³⁴⁾ Su tale ultima nozione cfr. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in AA.VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, 34; FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, ivi, 86.

⁽³⁵⁾ Così invece, D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., 74.

⁽³⁶⁾ BRECCIA, in *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. Bessone*, XIII, 1999, 267. Anche CASTRONOVO, *op. cit.*, 500, ritiene che si realizzi uno stravolgimento del tipo prescelto, un abuso del tipo, «un'utilizzazione deviante di esso, che l'ordinamento non può consentire», con conseguente nullità per

contrarietà a norma imperativa secondo quanto disposto dall'art. 1418, 1° co.

⁽³⁷⁾ GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 221 e *Id.*, in *Tratt. Rescigno e Gabrielli*, 2006, 1522, nt. 412. E già BENATTI, *Le clausole di esonero della responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, I, a cura di G.B. Portale, cit., 144, secondo il quale, rispetto alla nuova disciplina del servizio di cassette di sicurezza, si pone il problema della «sua utilità pratica, facendo sorgere l'interrogativo, se esso risponda ancora alla sua funzione economico-sociale».

In realtà, la tesi della causa che elude la norma imperativa non è poi così distante dalla tesi che ritiene che possa ravvisarsi un difetto di causa, come chiarisce BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1955, 182, 393, 400, 403, che parla, in ogni caso, di «abuso della funzione strumentale» o di «sviamento del negozio dalla sua destinazione».

La conclusione cui si perviene nel testo non pare smentita da C. cost., 26.5.2005, n. 199 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 423 c. nav. nella parte in cui non esclude il tetto massimo risarcitorio in caso di dolo o colpa grave.